

6èmes rencontres RESSOR Grand-Est

Jeudi 23 et vendredi 24 novembre 2023 à l'Université de Reims

La responsabilité comparée des dirigeants des entreprises d'économie sociale et solidaire

David Hiez, Professeur de droit privé, Université du Luxembourg

Le droit de l'ESS est habituellement envisagé sous l'angle statutaire, mais y a de nombreuses questions juridiques autres qui sont communes : concurrence, fiscalité, rémunération des dirigeants..., ainsi que leur responsabilité.

Le monde associatif se fait souvent l'écho des inquiétudes des dirigeants face au risque de se voir personnellement mis en cause. Cette préoccupation interpelle le juriste, qui se demande si elle traduit une différence de traitement effective par rapport aux autres dirigeants de l'économie sociale et solidaire, voire des entreprises capitalistes.

Il n'est tenu compte dans cette analyse que des entreprises expressément rattachées à l'économie sociale et solidaire : coopératives, associations, mutuelles, fondations, et sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire.

La responsabilité pénale est écartée, dans la mesure où le code pénal ne vise aucune personne morale en particulier et qu'il n'y a donc aucune différence de traitement possible à cet égard.

Le constat de base est qu'il y a peu ou pas de dispositions dans la loi ESS ou dans les lois spéciales à l'une ou l'autre forme d'entreprise. Il y a donc application du droit commun, et mécaniquement peu de différences. Les différences concernent principalement les associations.

Deux hypothèses doivent être distinguées : la responsabilité vis-à-vis de la personne morale elle-même (association, coopérative...), ou vis-à-vis des tiers. Pratiquement, le risque est plus limité vis-à-vis des tiers, car la personne morale est le responsable naturel : le dirigeant n'encourt de responsabilité que s'il y a faute personnelle, détachable des fonctions, c'est-à-dire intentionnelle ou particulièrement grave.

La responsabilité est essentiellement identique, quoique certaines différences existent pour les associations.

I. Une responsabilité essentiellement identique

Les lois spéciales sont généralement muettes, encore que les coopératives sont régies à cet égard par le droit des sociétés selon la forme sociale adoptée (SARL, SA, SAS). Mais les solutions globales sont communes à toutes les entreprises, capitalistes ou non. Le code de la mutualité seul en porte la trace :

Art. L114-29 La responsabilité civile des administrateurs est engagée individuellement ou solidairement, selon les cas, envers la mutuelle, l'union ou la fédération ou envers les tiers, à raison des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, des violations des statuts ou des fautes commises dans leur gestion.

Ce texte décrit correctement l'état général du droit.

A. Les contours de la faute

Responsabilité dirigeant que pour faute : donc pas de responsabilité du fait des choses.
Faute : violation de la loi ou des statuts. Le danger le plus effectif concerne les dettes fiscales et sociales, ainsi qu'en accessoire d'une infraction (règles de sécurité par exemple, ou en matière environnementale).

B. L'atténuation en cas de mandat gratuit

C.civ. art. 1992 al. 2 : Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

Le dirigeant est un mandataire au regard du code civil. Sa responsabilité ne disparaît pas mais est appréciée moins rigoureusement par le juge.

La question est alors de savoir quand on est en présence d'un mandat gratuit. Tous les dirigeants de l'ESS, avec des nuances pour les sociétés commerciales de l'ESS, sont considérés comme bénévoles. Mais ils peuvent percevoir des indemnités, qui ne sont pas considérées comme une rémunération (et c'est vrai aussi pour le dirigeant d'association, avec des limites si on ne veut pas entraîner la fiscalisation de l'association). Ces indemnités font-elles perdre la responsabilité atténuée aux dirigeants ?

C. L'action en comblement de passif

Il n'y a pas d'originalité de la responsabilité des dirigeants de l'ESS à cet égard, mais la solution mérite d'être rappelée car elle constitue un cas important de leur responsabilité : dès lors que la personne morale est en faillite, les créanciers ne peuvent tous être payés sur le patrimoine de l'entreprise, par définition insuffisant ; ils ont donc (à travers le liquidateur qui cherche à les payer) tendance à chercher en complément la responsabilité du dirigeant lorsque c'est possible.

C.com., art. L.651-2 al. 1 : Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la personne morale, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée. Lorsque la liquidation judiciaire concerne une association régie par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le code civil applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et non assujettie à l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues au 1 bis de l'article 206 du code général des impôts, le tribunal apprécie l'existence d'une faute de gestion au regard de la qualité de bénévole du dirigeant.

Plusieurs traits saillants doivent être relevés. D'abord ça touche toutes les personnes morales donc les entreprises de l'ESS. Le tribunal « peut »: le juge a donc latitude pour décider. La responsabilité du dirigeant ne peut être recherchée que lorsqu'il a commis une « faute de gestion ». Ayant contribué à cette insuffisance d'actif, supporter en tout ou en partie.

II. Les spécificités marginales

A. L'absence d'action ut singuli en matière associative

La responsabilité du dirigeant peut être recherché par la personne morale qu'il dirige, mais à défaut le droit des sociétés prévoit qu'un ou plusieurs associés peuvent aussi agir, non pas en leur nom propre pour la réparation de leur préjudice personnel éventuel, mais au nom de la société pour la réparation du préjudice de la société elle-même. Or la question s'est posée de savoir si cette action, dite *ut singuli*, pouvait être transposée aux associations pour permettre à ses membres d'agir en réparation du préjudice subi par l'association du fait de la faute de son dirigeant.

La Cour de cassation a répondu par la négative : Cass. com., 11 octobre 2023, n° 22-10.271. Elle avance trois justifications : la différence de définition entre la société et l'association, la libre détermination statutaire des représentants et donc de la mise en cause de leur responsabilité, la Mise en œuvre différente des conditions de la responsabilité civile et pénale des dirigeants. Les trois points invoqués sont exacts en eux-mêmes, mais ils sont sans rapport avec la question de l'action *ut singuli*, en sorte que la solution de la Cour de cassation ne peut être approuvée.

Elle ne signifie toutefois pas l'irresponsabilité du dirigeant associatif, mais la nécessité pour les membres de l'association de le remplacer, après quoi le nouveau dirigeant aura qualité pour agir en responsabilité au nom de l'association.

B. Les méfaits du flou associatif

Le droit des associations est d'une extrême flexibilité, avantage que leur envie les sociétés, très réglementées. Mais ceci n'est pas sans effet néfaste.

Les pouvoirs des dirigeants sont plus mal définis et cette imprécision occasionne une certaine insécurité juridique pour les tiers (que penser quand les statuts ne disent rien ou ne sont pas clairs, sans parler de la contrainte pour un tiers de devoir consulter les statuts) et une incertitude aussi pour les dirigeants eux-mêmes puisque responsabilité est le corolaire de pouvoir.

Cette imprécision accroît en outre le risque de l'existence d'une direction de fait : lorsque quelqu'un qui n'est pas investi des pouvoirs de direction exerce en pratique les pouvoirs qu'il n'a pas, il risque d'être qualifié de dirigeant de fait et d'être soumis à la même responsabilité... Cela peut être le cas par exemple d'un directeur salarié qui compense le désinvestissement d'un président.

En conclusion, la responsabilité des dirigeants des entreprises d'ESS ne sont pas très originales sauf à deux égards. D'une part le droit des associations ne connaît pas l'action *ut singuli* et il faut espérer que la jurisprudence abandonnera cette position pratiquement inopportune et techniquement injustifiée. D'autre part, les dirigeants bénévoles bénéficient d'une certaine indulgence dans l'appréciation de leur responsabilité mais le champ d'application de cette indulgence mériterait d'être précisée.

Références

Dubois Y., *La responsabilité des dirigeants associatifs*, Puits fleuri, 20/04/2017, 220 pages.

Dutheil Y. (dir.), *Droit des associations et fondations*, Collection Juris editions, Dalloz, 13/01/2016, 1640 pages.

Hiez D., *Sociétés coopératives Création Organisation Fonctionnement*, Dalloz, 3ème éd., 27/04/2023, 550 pages.

Hiez D., « L'action *ut singuli* en droit des associations », *RTDcom*, 2023, pp.175-186.